

## Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008

veröffentlicht in Band 134

von Prof. Dr. THOMAS KOLLER und  
lic. iur. MICHAEL S. GRABER, Rechtsanwalt<sup>1, 2</sup>

### Übersicht

- |      |  |                 |
|------|--|-----------------|
| I.   | Übergang der Arbeitsverhältnisse, insbesondere beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 333 OR); Rechte aus einer Vorruhestandsregelung   | BGE 134 III 102 |
| II.  | Missbräuchliche Kündigung während der Probezeit (Art. 335b und Art. 336 OR)  | BGE 134 III 108 |
| III. | Massenentlassung ohne vorhergehende Konsultation der Arbeitnehmervertretung: Kein Entschädigungsanspruch bei Rückzug der Kündigung und Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (Art. 336 Abs. 2 lit. c, Art. 336a und Art. 336b OR) | BGE 134 III 67  |
| IV.  | Berechnung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR  | BGE 134 III 354 |
| V.   | Geltung eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages für ein ausländisches Unternehmen (Art. 1 Abs. 1 AVEG)   | BGE 134 III 11  |
| VI.  | Lohnforderung gemäss Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (Art. 329d Abs. 1 und Art. 357 Abs. 2 OR, Art. 34 LMV)   | BGE 134 III 399 |
| VII. | Gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages (Art. 357b OR)  | BGE 134 III 541 |

<sup>1</sup> Das Manuskript wurde am 7.6.2010 abgeschlossen.

<sup>2</sup> In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen zitiert (BK = Berner Kommentar; ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CR = Commentaire romand; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht). Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: CHRISTIANE BRUNNER/ JEAN-MICHEL BÜHLER/ JEAN-BERNARD WAEGER/ CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zürich 2009; THOMAS GEISER/ ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009; ULLIN STREIFF/ ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006; ROLF A. TOBLER/ CHRISTIAN FAVRE/ CHARLES MUNOZ/ DANIELA GULLO Ehm, Arbeitsrecht, Lausanne 2006; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

### I. Übergang der Arbeitsverhältnisse, insbesondere beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 333 OR); Rechte aus einer Vorruhestandsregelung

BGE 134 III 102 (4A\_48/2007) = Pra 2008 Nr. 90, S. 587 ff.

Einmal mehr hatte sich das Bundesgericht mit arbeitsrechtlichen Nachwehen des Swissair-Groundings zu befassen (siehe bereits BGE 131 III 606 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 427 ff., sowie BGE 132 III 32 und dazu *ders.*, ZBJV 2008, 334 ff.). Es ging um eine auf Ende 1997 *pensionierte Frührentnerin*, die aufgrund eines Sozialplanes mit der SAirGroup Zahlungen erhalten hatte, welche Ende 2001 aus den bekannten Gründen eingestellt wurden. In der Folge klagte die Frührentnerin sowohl die SAirGroup als auch die während des Verfahrens in Swiss umfirmierte Crossair ein. Im Rahmen des Nachlassvertrages hatte sich die Klägerin mit der SAirGroup geeinigt, während sie den Prozess gegen die Swiss weiterführte. Bereits das obere kantonale Gericht wies die Klage jedoch *mangels Passivlegitimation* – wie später auch das Bundesgericht – ab.

Das Bundesgericht führte zunächst aus, dass für eine Passivlegitimation der Swiss offensichtlich keine andere rechtliche Anspruchsgrundlage (etwa Art. 111 OR, eine externe Schuldübernahme oder ein Schuldbeitritt) in nähere Betrachtung falle als Art. 333 OR. Bei der Anwendung dieser Bestimmung konnte das höchste Gericht aber eine ganze Reihe teilweise bedeutsamer Fragen offenlassen, beispielsweise ob überhaupt ein Betriebsübergang auf die Swiss stattgefunden hatte oder ob Art. 333 OR bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung allgemein anwendbar ist. Vielmehr folgerte das Bundesgericht lakonisch, dass nur *Arbeitsverhältnisse* übergehen und als solche notwendigerweise zum Zeitpunkt der Betriebsnachfolge noch bestehen müssen. *Die aus Art. 333 OR fließenden Schutzrechte stünden demnach nur dem Arbeitnehmer, nicht aber dem Frühpensionierten zu, mit welchem das Arbeitsverhältnis aufgelöst worden sei.* Daran ändere sich auch nichts, wenn die Rentenleistungen statt wie bei der ordentlichen Pensionierung nicht von einer Vorsorgeeinrichtung, sondern vom ehemaligen Arbeitgeber selbst kommen. Es bestehe hier zwar eine neue Rechtsverbindung zwischen den gleichen Parteien, aber ihre arbeitsvertraglichen Rechtspflichten seien erloschen. Insbesondere bestehe für den Frührentner keine Pflicht mehr zur Leistung von Arbeit und – anders als bei freigestellten Arbeitnehmern – auch keine Treue-

pflieht mehr. Die Frage hingegen, ob ein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR anzunehmen ist, wenn bis zum ordentlichen Pensionierungsalter wie bei einer Freistellung zwar die Arbeitsleistungspflicht, nicht aber die Treuepflicht des (ehemaligen) Arbeitnehmers erloschen ist, liess das Bundesgericht offen (ADRIAN VON KAENEL, ARVonline 2008 N 289). Mangels fortdauernden (genauer: vorhandenen) Arbeitsverhältnisses war somit der Anwendungsbereich von Art. 333 OR nicht gegeben, und es fehlte an einer gesetzlichen Grundlage, um die Swiss zu Leistungen an die SAirGroup-Frührentnerin zu verpflichten (zustimmend PHILIPPE EHRENSTRÖM, Plan social, préretraités et transfert d'entreprise, in: Jusletter 14. April 2008, Rz. 26).

Das Urteil hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Der Frage, ob mit einer betrieblichen Vorruhestandsregelung das Arbeitsverhältnis wirklich beendet wird, geht das Bundesgericht leider nicht vertieft nach (ähnlich auch THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2009, 336, die ausführen, das Bundesgericht habe in casu «etwas schnell» eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und insbesondere eine Beendigung der Treuepflicht angenommen; ebenso THOMAS GEISER, AJP 2009, 138). In der Literatur wurde geltend gemacht, es sei durchaus denkbar und komme in der Praxis immer wieder vor, dass eine betriebliche Vorruhestandsregelung als Freistellung von der Arbeitspflicht bis zum Erreichen des Zeitpunkts der (vorzeitigen) Pensionierung ausgestaltet werde (ALFRED BLESİ, Art. 333 OR und Haftung des Betriebsnachfolgers für Versprechen betreffend Frühpensionierung, in: Jusletter vom 8. Mai 2006, Rz. 16). Vorgespurt wurde die Auffassung des Bundesgerichts, mit den Frühpensionierungen im SAirGroup-Konzern in den Neunzigerjahren seien die Arbeitsverhältnisse aufgelöst und mit den Betroffenen neue Verträge geschlossen worden, im Gate-Gourmet-Fall (BGE 131 III 606 E. 5 S. 614). Allerdings hatte dort diese Auffassung keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens. Dass diese Frage hier, wo sie entscheidungsrelevant war, nicht näher geprüft wurde, ist bedauerlich.

Bemerkenswert ist im Weiteren, dass das Bundesgericht davon ausgeht, sein Entscheid sei EU-kompatibel (BGE 134 III 102 E. 3.1.1 S. 106; zum Prinzip, dass Art. 333 OR im Zweifel europarechtskonform auszulegen ist, grundlegend BGE 129 III 335 E. 6 S. 350 ff. und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 533 f.; zahlreiche Hw. zum europäischen Recht bei WYLER, 386 ff., und CARRUZZO, Art. 333 N 2). Ob dies wirklich zutrifft, wird die Zukunft zeigen. Nach europäischem

Recht gehen entsprechende Verpflichtungen jedenfalls dann auf den Betriebsübernehmer über, wenn im Arbeitsvertrag selber Vorruhestandsregelungen enthalten sind und der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Betriebsüberganges noch nicht in den Vorruhestand getreten ist (Urteil des EuGH vom 4. Juni 2002, Rs. C-164/00, «Katia Beckmann»; Urteil des EuGH vom 6. November 2003, Rs. C-4/01, «Serene Martin»; vgl. dazu auch den Hinweis bei STREIFF/VON KAENEL, Art. 333 N 8; einlässlicher zum EU-Recht ENDRIT KARAGJOZI, Les transferts d'entreprises en droit du travail, Zürich 2003, 88 ff.). Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. L 82; Betriebsübergangsrichtlinie), vormals Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie 377/187/EWG vom 14. Februar 1977, steht dem nicht entgegen. Dem Grundsatz nach gilt für das schweizerische Recht nichts anderes, d.h. vom Betriebsübergang sind auch Versicherungs- und Vorsorgezusagen erfasst (Urteil des Bundesgericht 4C.50/2002 vom 25. April 2002; BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 15; STREIFF/VON KAENEL, Art. 333 N 8; differenzierter WYLER, 420 f.). Soweit ersichtlich noch nicht entschieden hat der EuGH die Frage, wie es sich mit dem Übergang von Verpflichtungen aus einer Vorruhestandsregelung verhält, wenn der Vorruhestand vor dem Betriebsübergang begonnen hat oder wenn die Vorruhestandsregelung nicht im Arbeitsvertrag selber, sondern in einem Sozialplan begründet ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der EuGH solche Ansprüche von Frühpensionierten der Betriebsübergangsrichtlinie unterstellen könnte.

Künftige Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften über die Ausarbeitung von Sozialplänen wird der hier diskutierte Entscheid nicht erleichtern, zwingt er doch die Sozialpartner, Garantien zur Sicherstellung der Zahlungen aus Sozialplänen (z.B. Bankgarantien) ins Auge zu fassen. Solche Garantien (die ja nicht unentgeltlich zu haben sind) werden aber von Unternehmen, welche im Zusammenhang mit Restrukturierungsmassnahmen einen Sozialplan aushandeln wollen, kaum je erhältlich sein (EHRENSTRÖM, a.a.O., Rz. 27 f.).

## II. Missbräuchliche Kündigung während der Probezeit (Art. 335b und Art. 336 OR)

BGE 134 III 108 (4A\_385/2007)

In diesem Fall hatte das Bundesgericht die *Anwendbarkeit des sachlichen Kündigungsschutzes für die Dauer der Probezeit* zu beurteilen. Ein Anästhesist (Beschwerdegegner) wurde auf den 1. Mai 2006 von einer Privatklinik mit einem Teilpensum von 80 Prozent mit einer Probezeit von einem Monat angestellt. Zu 20 Prozent war er bei einem anderen Arbeitgeber tätig, was der Beschwerde führenden Privatklinik bekannt war. Anlässlich des Anstellungsgesprächs wurde der Beschwerdegegner davon in Kenntnis gesetzt, dass sich ein Schmerzzentrum in Planung befinde, für welches er zu einem noch unbestimmten Zeitpunkt in einer 20-Prozent-Tätigkeit vorgesehen sei. Zwei Wochen nach Stellenantritt besprach sich der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin mit dem Arzt. Anderntags erklärte dieser der Beschwerdeführerin per E-Mail, er billige es nicht, dass sein Name für Inserate des geplanten Schmerzzentrums (bereits) verwendet werde, da er solche Werbung noch als verfrüht erachte und sich diese gar als kontraproduktiv erweisen könne, was einen späteren geordneten Aufbau des Schmerzzentrums gefährde. Weniger als eine Woche darauf – noch innerhalb der Probezeit – erhielt der Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin die Kündigung auf den 31. Mai 2006. Im Schreiben wurde die Kündigung damit begründet, man sei seitens der Klinik davon ausgegangen, dass der Beschwerdegegner ein 20-Prozent-Pensum im Schmerzzentrum übernehmen werde. Nach der Sitzung habe die Beschwerdeführerin dann aber festgestellt, dass man sich diesbezüglich über Vorgehensweise und Zeitplan nicht einigen könne. Man wolle im Juni 2006 das Schmerzzentrum starten und sei daher in Zeitnot. Die Stelle entspreche aus diesem Grunde nicht der Vorstellung der Parteien, weshalb die Beschwerdeführerin nun eine andere Lösung wähle. Daraufhin verlangte der Beschwerdegegner vor dem Arbeitsgericht Rorschach eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen, d.h. Fr. 26 800.–, nebst Zins, blieb aber ohne Erfolg. Auf kantonale Berufung hin sprach das Kantonsgericht St. Gallen dem Beschwerdegegner Fr. 20 000.– nebst Zins zu. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Zunächst hielt das Bundesgericht fest, dass die Anwendbarkeit des sachlichen Kündigungsschutzes i.S.v. Art. 336 OR während der Probezeit in der Lehre unterschiedlich beurteilt werde. Ungeachtet dessen ergebe sich schon aus dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB ein Schutz vor missbräuchlichem Verhalten. *Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung solle aber während der Probezeit in jedem Fall nur zurückhaltend angenommen werden.* Diese Zurückhaltung bei der Anwendung der Missbrauchsbestimmungen sei auf Sinn und Zweck der Probezeit zurückzuführen; Art 336 OR dürfe nicht den durch die Probezeit verfolgten Zweck vereiteln. Die Probezeit im Sinne einer Testphase diene den Parteien dazu, einander kennenzulernen und die für ein langfristiges Arbeitsverhältnis nötige Vertrauensbasis zu schaffen. Die Vertrags(abschluss)freiheit wirke in der Probezeit durch die kurzen Kündigungsfristen nach. Daher sei darin, dass einer Kündigung «etwas <Willkürliches>» anhafte, wenn sie sich am Zweck der Probezeit orientiere, noch kein Rechtsmissbrauch zu sehen. Der zu beurteilende Fall liege indessen anders, weil die Beschwerdeführerin bei Vertragsabschluss gewusst habe, dass der Beschwerdegegner zu 20 Prozent für einen anderen Arbeitgeber tätig war. Eine sofortige Aufgabe dieser Anstellung sei dem Beschwerdegegner weder möglich noch zumutbar gewesen, worüber sich auch die Beschwerdeführerin im Klaren gewesen sein musste. *Indem die Beschwerdeführerin in den Vertragsverhandlungen lediglich eine Pensumsaufstockung in unbestimmter Zukunft thematisiert habe, habe sie dem Beschwerdegegner nach Treu und Glauben zu verstehen gegeben, dass seine anderweitige Tätigkeit, die einem sofortigen Ausbau seiner Arbeit für die Beschwerdeführerin entgegenstand, keinen Hinderungsgrund für dessen Anstellung bilde.* Wenn sie dennoch umgehend wegen der mangelnden Verfügbarkeit des Arztes gekündigt habe, liege darin nicht eine vom Zweck der Probezeit erfasste «zulässige <Willkür>», sondern ein Verhalten, das im Widerspruch zum erweckten Vertrauen stehe, zumal es nicht durch während der Probezeit gewonnene Erkenntnisse begründet gewesen sei.

Mit dem Entscheid hat das Bundesgericht eine umstrittene wichtige Rechtsfrage im Sinne der herrschenden Lehre geklärt (GEORGES CHANSON, ARVonline 2008 N 218; THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2009, 337), und dies überzeugend durch eine differenzierte und gleichwohl stringente Argumentation. Es ist sachlich zutreffend, dass der Arbeitnehmer auch während der Probezeit vor missbräuch-

licher Kündigung geschützt wird, denn dogmatisch betrachtet ist Art. 336 OR nichts anderes als eine Konkretisierung von Art. 2 ZGB, und diese Bestimmung beansprucht in der Rechtsordnung umfassend Geltung (vgl. für das Arbeitsrecht etwa BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 117 und zu diesem Urteil THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 338 ff., spez. 341, m.Nw.). Zwar handelt es sich bei der Probezeit in der Tat, wie das Bundesgericht ausführt, um eine gegenseitige «Kennenlernphase», welche zum einen eine kurze Kündigungsfrist und zum andern einen hohen Grad an «sachlicher Kündigungsfreiheit» rechtfertigt. Gleichwohl entspricht es einem rechtlich nicht zu schützenden *venire contra factum proprium*, wenn ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Wissen um eine anderweitige Teilzeitbeschäftigung anstellt und dann mit der Begründung die Kündigung ausspricht, der Arbeitnehmer stehe nicht zu 100 Prozent zur Verfügung. Dem Urteil lässt sich im Gegenzug aber auch entnehmen, dass bei Kündigungen während der Probezeit die Missbrauchsschwelle grundsätzlich höher anzusetzen ist als bei späteren Kündigungen, ein treuwidriges Verhalten des Kündigenden also nicht leichthin angenommen werden darf (in diesem Sinne ebenso früher bereits WYLER, 530 f.). Die Zukunft wird weisen müssen, inwieweit Arbeitgeber einem allfälligen Missbrauchsvorwurf mit einer geschickt formulierten Begründung der Kündigung begegnen können (dazu CHANSON, a.a.O., in fine).

Wer eine Rechtsverletzungsbusse wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung *längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben* (Art. 336b Abs. 1 OR). Bei einer Kündigung während der Probezeit kann das wegen der kurzen siebentägigen Kündigungsfrist (Art. 335b Abs. 1 OR), die vertraglich erst noch verkürzt werden kann (Art. 335b Abs. 2 OR), zu Problemen führen. Dies entbindet den Betroffenen (in aller Regel den Arbeitnehmer) aber nicht davon, innert Frist (selbst wenn diese verkürzt wurde) zu reagieren, soweit es ihm möglich und zumutbar ist (BGE 136 III 96 E. 3.4 S. 100, später in der ZBJV zu besprechen).

Höchststrichterlich weiterhin nicht entschieden ist die Frage, ob der sachliche Kündigungsschutz auch *vor Stellenantritt* gilt (GEISER/MÜLLER, N 628 f., m.Nw. zur nicht einheitlichen kantonalen Rechtsprechung). Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen (gl.M. BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art. 336 N 1 in fine; STREIFF/VON KAENEL, Art. 336 N 19). Das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhal-

tens gilt selbstredend auch in einer solchen Situation. Die Erwägungen des Bundesgerichts im hier besprochenen Entscheid lassen sich daher mutatis mutandis auf eine Kündigung vor Stellenantritt übertragen. Der Wortlaut von Art. 336 Abs. 1 OR («Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses [...]») steht dem nicht entgegen (a.M. GEISER/MÜLLER, N 628). Es genügt, dass ein *rechtswirksamer Arbeitsvertrag* vorliegt (in diesem Sinne wohl auch BSK OR I-Portmann, Art. 336 N 2); der Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen beginnt mit *Vertragsschluss* (BK-REHBINDER, Art. 336 N 2; BRÜHWILER, Art. 336 Ziff. III. S. 332 oben; STREIFF/VON KAENEL, Art. 336 N 19).

Nicht Teil des publizierten Entscheides – aber nicht minder interessant – sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur Höhe der Entschädigung (E. 8). Für deren Bemessung würdigt der Richter nach pflichtgemäsem Ermessen einzelfallbezogen alle Umstände, namentlich die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Partei, die Enge der vertraglichen Beziehungen und die Art und Weise der Kündigung (vgl. BGE 123 III 246 E. 6a S. 255; 123 III 391 E. 3c S. 394). Dabei übt das Bundesgericht – trotz an sich freier Überprüfungsbefugnis – üblicherweise Zurückhaltung und interveniert nur ausnahmsweise. Die Tatsache, dass Art. 336a OR als Bezugsgrösse den Monatslohn des Arbeitnehmers für die Bemessung der Entschädigung angibt, sei – so das Bundesgericht im vorliegenden Fall – für die Frage ihrer Angemessenheit ebenfalls zu berücksichtigen, selbst wenn nur eine kurze Tätigkeit innerhalb der Probezeit in Frage stehe. In diesem Zusammenhang würden die von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 20 000.– nicht offensichtlich unangemessen erscheinen, wenngleich das Bundesgericht konzidierte, dass die Entschädigung «eher hoch» angesetzt sei.

Ob die Entschädigung vom Kantonsgericht St. Gallen wirklich «eher hoch» angesetzt worden ist, soll hier offen bleiben. *In absoluten Zahlen* ist der Betrag auf den ersten Blick – jedenfalls für schweizerische Verhältnisse – recht ansehnlich, vor allem wenn man bedenkt, dass das Bundesgericht in einem wesentlich gravierenderen Fall einem Arbeitnehmer, welcher ununterbrochen während 44 Dienstjahren beim gleichen Arbeitgeber klaglos tätig war, nur rund Fr. 35 000.– zugesprochen hat (in BGE 132 III 115 [4C.215/2005] nicht veröffentlichte E. 7.1; zu diesem Fall einlässlich KOLLER, a.a.O., 338 ff.). Berücksichtigt man indessen – wie es das Bundesgericht zu Recht ebenfalls tut – den Umstand, dass der Gesetzgeber den Monatslohn

des Arbeitnehmers als Bezugsgrösse für die Bemessung der Rechtsverletzungsbusse von Art. 336a OR gewählt hat (und nicht wie z.B. in Art. 5 Abs. 3 GIG im Falle einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung den schweizerischen Durchschnittslohn), ergibt sich ein anderes Bild: Der von der Kündigung nach 44 Dienstjahren schwer betroffene Arbeitnehmer erhielt das Maximum von sechs Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 2 OR; BGE 132 III 115 E. 5.6 S. 122), während dem Arzt in casu nur rund eineinhalb Monatslöhne zugesprochen wurden. Zieht man in Betracht, dass der Anästhesist seine frühere unselbstständige Tätigkeit eingeschränkt hatte, wodurch die Kündigung einschneidende Wirkungen zeitigte (nicht publizierte E. 8.4 des hier besprochenen Entscheids), so ist die Höhe der Rechtsverletzungsbusse nach Auffassung des Erstverfassers ohne Weiteres vertretbar.

Der Koautor ist demgegenüber der Meinung, die Entschädigung sei in casu zu hoch ausgefallen. Dafür spricht aus seiner Sicht zum einen *die sehr kurze Zeit*, während welcher der Arzt mit der Klinik in einem Anstellungsverhältnis stand, dauerte dieses doch nur einen Monat. Zum anderen sollte bei der Bemessung *auch die soziale Stellung des Arztes* nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden. Dieser findet typischerweise auf dem Arbeitsmarkt verhältnismässig leicht eine relativ gut bezahlte Anstellung. Zudem traf den Arzt aufgrund seiner anderen Tätigkeit keine «hundertprozentige» Arbeitslosigkeit, weshalb die Folgen der Kündigung für ihn weniger schwer wiegen, als wenn es sich um eine 100-Prozent-Stelle gehandelt hätte. Schliesslich kann auch mit Rücksicht auf den *pönanen Charakter* der Entschädigung argumentiert werden, eine missbräuchliche Kündigung sei während der Probezeit weniger strafwürdig, weshalb ein tieferer Betrag angemessener gewesen wäre.

### III. Massenentlassung ohne vorhergehende Konsultation der Arbeitnehmervertretung: kein Entschädigungsanspruch bei Rückzug der Kündigung und Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (Art. 336 Abs. 2 lit. c, Art. 336a und Art. 336b OR)

BGE 134 III 67 (4A\_346/2007) = Pra 2008 Nr. 91, S. 592 ff.

Die X SA entliess Ende 2002 bzw. Anfang 2003 124 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne die bei einer Massenentlassung erforderliche *vorgängige korrekte Konsultation der Arbeitnehmervertretung* (Art. 335f OR). In der Folge veräusserte die X SA einen Teil ihrer Produktionsstätten an die Y SA, informierte die Arbeitnehmer über den Übergang der Arbeitsverhältnisse und zog die Kündigungen zurück. Keiner der Betroffenen widersprach diesem Übergang und alle setzten ihre Arbeitstätigkeit ohne Unterbruch – nunmehr für die Y SA – fort. Dessen ungeachtet verlangten 63 Arbeitnehmer von der X SA (und von der Y SA) eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung im Umfang von zwei Monatslöhnen bzw. einen Gesamtbetrag von über Fr. 600 000.–, unterlagen mit diesem Begehren aber sowohl vor dem Kantonsgericht Waadt als auch vor Bundesgericht.

An sich war die Massenentlassung im vorliegenden Fall zwar missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR), wie das Bundesgericht bereits früher entschieden hat (BGE 130 III 102; dazu einlässlich THOMAS GEISER, ZBJV 2005, 96 ff.). Dennoch schuldet die Arbeitgeberin den Klägern keine Rechtsverletzungsbusse gemäss Art. 336a Abs. 3 OR, weil die Parteien übereingekommen sind, die Arbeitsverhältnisse mit der Y SA weiterzuführen. Der Arbeitnehmer, welcher eine Entschädigung nach Art. 336a OR verlangt, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Arbeitgeber Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). Nach gültig erhobener Einsprache muss die Partei, die eine Entschädigung geltend macht, innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Klage einreichen, *sofern sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen* (Art. 336b Abs. 2 OR). *Der Zweck der Verfahrensregeln von Art. 336b OR besteht – so das Bundesgericht – darin, Verhandlungen zwischen den Parteien und eine Einigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu fördern*; dies hat Vorrang vor dem Bezahlen einer Rechtsverletzungsbusse (BGE 134 III 67 E. 5 S. 70; zustimmend CARRUZZO, Art. 335f und 335g N 1 Fn. 7).

Daher lasse sich die Auffassung der Beschwerdeführer, bei einer missbräuchlichen Massenentlassung sei selbst dann eine Entschädigung geschuldet, wenn die Arbeitsverhältnisse fortgeführt würden, nicht rechtfertigen.

Dieser Entscheid beruht auf einer sachgerechten Auslegung von Art. 336b Abs. 2 OR, der die Fortsetzung des Verfahrens nach einer gültig erhobenen Einsprache ausdrücklich davon abhängig macht, dass sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einigen, die Auswirkungen einer missbräuchlichen Entlassung also nicht durch eine einvernehmliche Aufhebung der Kündigung beseitigt werden. Damit ist der Arbeitnehmer hinreichend geschützt. *Änderungen des Arbeitsvertrages muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer Einigungsverhandlung nicht akzeptieren*; ein Anspruch auf Entschädigung entfällt nur, wenn der Arbeitnehmer seinerseits nicht bereit ist, das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortzusetzen (BGE 123 III 246 E. 4c S. 252). Unter diesen Umständen bereitet es Mühe zu verstehen, weshalb die 63 Arbeitnehmer überhaupt versucht haben, eine Rechtsverletzungsbusse einzuklagen. Immerhin verschafften sie so dem Bundesgericht Gelegenheit, die für Massenentlassungen geltenden Regeln weiter zu präzisieren (JEAN-PHILIPPE DUNAND, ARVonline 2008 N 183; vgl. auch BGE 130 III 102 sowie 132 III 406 und zu Letzterem THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 348 ff.).

#### IV. Berechnung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR

*BGE 134 III 354 (4A\_47/2008)*

Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, ist im Arbeitsvertragsrecht der *Kündigungstermin* nach Ablauf der Probezeit *das Ende eines Kalendermonats* (Art. 335c Abs. 1 OR). Zwischen dem Zugang der Kündigung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird meistens ein längerer Zeitraum liegen als die vertraglich vereinbarte oder die gesetzliche Kündigungsfrist, sei es weil die Kündigung nicht genau auf ein Monatsende zugestellt wird, sei es weil eine Vertragspartei – aus welchen Gründen auch immer – die Kündigung einen Monat oder mehrere Monate früher als unbedingt erforderlich ausspricht (etwa wie im hier zu besprechenden Fall bei einer Kündigungsfrist von drei Monaten mit Schreiben vom 2. August 2006 auf

den 31. Dezember 2006). In solchen Fällen kann sich im Zusammenhang mit dem *zeitlichen Kündigungsschutz* nach Art. 336c Abs. 2 OR ein Problem ergeben. Gemäss dieser Bestimmung wird der Ablauf einer Kündigungsfrist unterbrochen, wenn sich nach einer Kündigung einer der Tatbestände von Art. 336c Abs. 1 OR erfüllt (wenn also z.B. ein Arbeitnehmer krank [Art. 336c Abs. 1 lit. b OR] oder eine Arbeitnehmerin schwanger wird [Art. 336c Abs. 1 lit. c OR]). Die Anwendung dieser Norm kann in den hier interessierenden Konstellationen Schwierigkeiten bieten, wenn das Ereignis entweder kurz nach Zugang der Kündigung oder im Gegenzug erst nahe beim Kündigungstermin eintritt (so etwa wenn der Arbeitnehmer im oben erwähnten Beispiel im August/September 2006 bzw. ab dem 4. November 2006 krank wird).

In seiner früheren Praxis ist das Bundesgericht nach der *Methode der Rückrechnung vom Endtermin* vorgegangen (BGE 115 V 437 E. 3b S. 441; 119 II 449 E. 2a S. 450; 121 III 107 E. 2a S. 108 f.), d.h. es hat den Beginn der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c Abs. 2 OR nicht auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung festgesetzt, sondern durch Rückberechnung vom Kündigungsendtermin. Im oben erwähnten Beispiel würde somit ein in den Monaten Oktober bis Dezember 2006 eingetretenes Ereignis im Sinne von Art. 336c Abs. 1 OR zu einer Ablaufhemmung der Kündigungsfrist führen, während Ereignisse in den Monaten August und September 2006 die Kündigungsfrist nicht tangieren würden.

Mit BGE 131 III 467 (dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 439 ff.) hatte das Bundesgericht im Jahr 2005 nun allerdings etliche Verwirrung angerichtet. In diesem Fall hatte es in ganz anderem Zusammenhang (dazu unten), aber unter Berufung auf Art. 336c OR, erklärt, dass die Kündigungsfrist am Tag nach der Zustellung der Kündigung zu laufen beginne und am entsprechenden Tag des der Dauer der Frist entsprechenden Monats ende. Das Arbeitsverhältnis verlängere sich indessen wegen des Kündigungstermins über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus bis zum Ende des Monats. Arbeitsverhinderungen, die in die Zeit zwischen der Zustellung der Kündigungserklärung und dem Beginn des darauf folgenden Monats fallen, seien somit beim zeitlichen Kündigungsschutz zu berücksichtigen; Arbeitsverhinderungen dagegen, die in die Zeit der blossen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses fallen, würden ausser Betracht bleiben (BGE 131 III 467 E. 2.1 S. 472). Seine bisherige gegenteilige Recht-

sprechung erwähnte das Bundesgericht dabei nicht. Dies liess darauf schliessen, dass das Bundesgericht *wohl keine bewusste Praxisänderung wollte*, sondern dass ihm schlicht *eine Panne* unterlaufen war. Verstärkt wurde dieser Eindruck noch durch den Umstand, dass es später in einem Urteil vom 1. September 2005 – ohne Bezugnahme auf BGE 131 III 467, aber unter Verweis auf die älteren Entscheide – wieder im Sinne seiner früheren Rechtsprechung entschied (Urteil 4C.230/2005). Bei unterinstanzlichen Gerichten und teilweise in der Literatur (vgl. dazu etwa den Hinweis bei THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 355 f.) hat diese Situation zu Kritik und Unsicherheit geführt.

In BGE 134 III 354 hat nun das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt und festgehalten, dass mit BGE 131 III 467 keine Änderung der bisherigen Praxis beabsichtigt gewesen war. Zu beurteilen war der Fall einer Arbeitnehmerin, der Anfang August 2006 per Ende Jahr gekündigt worden war und die am 10. November 2006 schwanger wurde. Die Rechtsprechung gemäss BGE 131 III 467 hätte zur Folge gehabt, dass die Schwangerschaft nicht mehr in die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 2 OR gefallen wäre, sodass sie den Lauf der Kündigungsfrist nicht hätte hemmen können und das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 2006 beendet gewesen wäre. Nach der älteren und nunmehr bestätigten Praxis dagegen fiel diese Schwangerschaft in die Kündigungsfrist, weshalb deren Lauf bis 16 Wochen nach der Niederkunft vom 2. August 2007, d.h. bis 22. November 2007, stillstand. Die fehlenden 52 Tage der Kündigungsfrist waren daran anzuhängen. In zusätzlicher Anwendung von Art. 336c Abs. 3 OR endete daher das Arbeitsverhältnis am 31. Januar 2008. Der Arbeitnehmerin stand somit der bis Ende Mai 2007 eingeklagte Lohn zu.

Zur Begründung griff das Bundesgericht auf seine frühere Rechtsprechung zurück. Der Arbeitnehmer sei besonders gegen Ende seines gekündigten Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen, dass eine allfällige Krankheit ihn beim Suchen einer Stelle möglichst nicht behindere. Der Zweck von Art. 336c Abs. 2 OR lasse sich demzufolge in befriedigender Weise nur verwirklichen, wenn die Möglichkeit der Stellensuche während der Schlussphase des bisherigen Arbeitsverhältnisses gewährleistet sei. *Diese Annahme habe die Beschwerde führende Arbeitgeberin nicht widerlegen können.*

Begrüssenswert ist, dass das Bundesgericht in dieser praktisch sehr bedeutsamen Frage mit einem amtlich publizierten Urteil *Klarheit geschaffen* hat (gl.M. GEORGES CHANSON, ARVonline 2008 N 468).

Man wird wohl davon ausgehen dürfen, dass die langjährige und nunmehr bestätigte Rechtsprechung zu Art. 336c Abs. 2 OR für die nächsten Jahre gefestigt ist.

In der Sache selbst könnten gegen diese höchstrichterliche Praxis durchaus Einwände vorgebracht werden. Schon der Wortlaut von Art 336c Abs. 2 OR (« [...] ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, *aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen*, so wird der Ablauf unterbrochen [...] » [Hervorhebung hinzugefügt]) spräche gegen diese Rechtsprechung (THOMAS KOLLER, ZBJV 2006, 439 f.). Dasselbe gilt für den Umstand, dass sich die Frage der Nichtigkeit der Kündigung während einer Sperrfrist (unbestrittenermassen) nach dem Zugang der Kündigungserklärung beurteilt. Dies kann zu eigenartigen Situationen führen: Ist z.B. ein Arbeitnehmer am Tag des Zugangs der Kündigungserklärung wegen Krankheit arbeitsunfähig, so ist die Kündigung nichtig; wird er indessen erst danach krank, und ist er vor Beginn der Schutzfrist wieder genesen, so ist die Kündigung gültig und die Krankheit hat nicht einmal einen Einfluss auf den Lauf der Kündigungsfrist (THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2009, 336 f.; ähnlich WYLER 577; zu weiteren Komplikationen, die mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung verbunden sein können, THOMAS GEISER, AJP 2009, 134). Und schliesslich könnte auch geltend gemacht werden, im Privatrecht würden allgemein rechtsgeschäftliche Willenserklärungen mit dem Zugang und nicht erst später wirksam (ähnlich wohl auch THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/09, 43, die im vorliegenden Zusammenhang von einer *Ausnahmeregelung* sprechen).

Daneben gäbe es aber auch *materielle Gründe*, welche gegen die bundesgerichtliche Praxis angeführt werden könnten, so etwa dass damit der Arbeitgeber bestraft werde, welcher frühzeitig eine Kündigung ausspricht, um dem Arbeitnehmer mehr Zeit für die Umstellung auf die neue Situation zu gewähren, oder dass eine kurze Erkrankung gegen Ende der Kündigungsfrist zu einer übermässigen Verlängerung der Frist führe, weil die Zeit, während der die Kündigungsfrist wegen der Sperrfrist ruht, nur am Ende und nicht am Anfang nachgeholt werden kann (GEISER/HÄFLIGER, a.a.O., 336; GEISER, a.a.O., 134; GEISER/MÜLLER, N 588; ähnlich auch STREIFF/VON KAENEL, Art. 336c N 3, m.Hw., wie dem Problem im Einzelfall begegnet werden könnte). Um solchen Unzukömmlichkeiten zu begegnen, wurde in der Literatur den Arbeitgebern z.T. gar empfohlen, in den Arbeitsverträgen jeden belie-



bigen Zeitpunkt und nicht bloss die Monatsenden als Kündigungsstermin vorzusehen (GEISER/HÄFLIGER, a.a.O., 336; GEISER, a.a.O., 134), auch wenn dies zu Schwierigkeiten bei der Abrechnung von Lohn und Ferien führe (GEISER/MÜLLER, N 589).

Wie es sich mit diesen Einwänden verhält, soll hier offen bleiben. Mit dem besprochenen Urteil hat das Bundesgericht eine verworrene Situation geklärt. Im Interesse der Rechtssicherheit wird es in den nächsten Jahren seine Rechtsprechung kaum mehr in Frage stellen, und dies zu Recht, denn gerade in einem sozial derart sensiblen Bereich wie dem Arbeitsrecht sind die Betroffenen besonders darauf angewiesen, dass eine gefestigte Praxis (CHANSON, a.a.O., spricht von «definitiver Klärung») nicht erneut in Wiedererwägung gezogen wird. Für einmal kommt somit dem (bisweilen etwas spöttisch verwendeten) Sprichwort «Lausanna locuta, causa finita» eine Ernst zu nehmende Tragweite zu.

In einem ganz andern Punkt dürfte BGE 131 III 467 mit dem hier diskutierten Urteil nun allerdings nicht gegenstandslos geworden sein. Im damaligen Fall stand nicht eine Sperrfrist gemäss Art. 336c OR zur Diskussion, sondern die Frage, welche Kündigungsfrist bei einem Dienstjahrwechsel im Sinne von Art. 335c OR zur Anwendung kommt. Die (soweit ersichtlich einhellige) Lehre hat vor BGE 131 III 467 den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung als massgebend erachtet (BSK OR I-PORTMANN, Art. 335c N 3; BK-REHBINDER, Art. 335c N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 335c N 6; CHK-F. EMMEL, Art. 335c N 1; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art. 335c N 2; STREIFF/VON KAENEL, Art. 335c N 3; CARRUZZO, Art. 335c N 1; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Art. 335c N 1.1. in fine; VISCHER, 234; CR CO I-AUBERT, Art. 335c N 4). Erfolgt der Zugang z.B. im ersten Dienstjahr, so wäre demzufolge die einmonatige Kündigungsfrist selbst dann anwendbar, wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses in das zweite Dienstjahr fällt. Im Ergebnis hat das Bundesgericht in BGE 131 III 467 so entschieden, in der Begründung aber ausgeführt, bei unterschiedlichen Kündigungsfristen komme jene zur Anwendung, die im Zeitpunkt des Beginns der Kündigungsfrist gelte (BGE 131 III 467 E. 2 S. 471). Es ist kaum anzunehmen, dass das Bundesgericht künftig die zu Art. 336c OR früher entwickelte und nunmehr bestätigte Berechnung der Kündigungsfrist auf Art. 335c OR übertragen wird. Bei Art. 335c OR ist richtigerweise gar nicht zu fragen, wann die Kündigungsfrist zu laufen beginnt, sondern wann die Kündigungs-

erklärung zugeht. Damit waren aber auch die Überlegungen des Bundesgericht in BGE 131 III 467 zum Beginn des Laufs der Kündigungsfrist überflüssig (so zutreffend bereits GABRIEL AUBERT, ARV 2005 N 173 ff., spez. 175).

In prozessualer Hinsicht ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht in BGE 134 III 354 (zu Recht) eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG bejaht hat. Dies hat es sonst in zivilrechtlichen Streitigkeiten nur in sehr wenigen Fällen getan, nämlich zweimal im *Mietrecht* (BGE 133 III 645 und 134 III 267) und je einmal im Bereich *SchKG/berufliche Vorsorge* (BGE 134 III 115), *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (BGE 135 III 1) und *Haftpflichtrecht* (BGE 135 III 397 [Ersatz von Bestattungskosten]). Einmal mehr zeigt sich, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung hauptsächlich in den sozial besonders sensiblen Bereichen des Privatrechts verortet werden (so bereits THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2010, 63; *dieselben*, ZBJV 2009, 850 f.).

#### V. Geltung eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages für ein ausländisches Unternehmen (Art. 1 Abs. 1 AVEG)

BGE 134 III 11 (4A\_256/2007)

Die Y AG ist eine italienische Unternehmung mit einer Zweigniederlassung in der Schweiz, die im Frühling 1999 im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens von der B AG den Auftrag erhielt, die Transitgasleitung des internationalen Erdgastransportsystems in der Schweiz zu verlegen, und zwar im Speziellen einen Teil der Erdgashochdruckleitung, welche die Erdgasfelder Nordeuropas mit Italien verbindet und auch der Energieversorgung der Schweiz dient. In der Folge warf die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Luzern der Y AG vor, ihren Mitarbeitern von April bis November 1999 insgesamt über eine Million Franken an geldwerten Leistungen vorenthalten sowie gegen verschiedene Bestimmungen des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe 1998–2000 (LMV 2000) vom 13. Februar 1998 verstossen zu haben, und auferlegte ihr eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 786 000.– sowie die Kontroll-, Neben- und Verfahrenskosten im Betrag von insgesamt Fr. 39 896.10.



Im anschliessenden gerichtlichen Verfahren machte die Y AG geltend, sie unterstehe dem LMV 2000 nicht. Das Obergericht des Kantons Luzern als zweite kantonale Instanz hiess die Klage der Y AG mit der Begründung gut, die Y AG stehe mit keinem schweizerischen Betrieb in einem direkten Konkurrenzverhältnis, da es in der Schweiz keine Unternehmung gebe, die über das erforderliche technische Fachwissen für die Errichtung der nationalen Transitgasleitung verfüge. Das Angebot des einheimischen Baugewerbes umfasse lediglich einen Teilbereich des Pipelinebaus, gewissermassen in einer Hilfsfunktion, und vermöge daher mit dem Angebot der Klägerin in Bezug auf die Gesamtleistung nicht zu konkurrenzieren, weshalb eine Unterstellung der Klägerin unter den LMV 2000 nicht gerechtfertigt erscheine. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in Zivilsachen der Paritätischen Berufskommission Bauhauptgewerbe Kanton Luzern teilweise gut und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Der in Frage stehende LMV 2000 wurde vom Bundesrat mit Beschluss vom 10. November 1998 für *allgemeinverbindlich erklärt* (BB1 1998, 5643 ff.). Damit gilt dieser LMV nicht nur für die Vertragsparteien sowie die ihnen angehörigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern sein Geltungsbereich wird auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt, die am Vertrag nicht beteiligt sind (Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956; AVEG; SR 221.215.311). Mit der Allgemeinverbindlicherklärung sollen – so das Bundesgericht – einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem Markt tätigen Unternehmen geschaffen und damit verhindert werden, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gelte (Art. 7 UWG). Direkte Konkurrenten sollen in ihrer Wirtschaftsfreiheit gleichmässig eingeschränkt werden und im wirtschaftlichen Wettbewerb gleich lange Spiesse erhalten (BGE 134 III 11 E. 2.2 S. 13 f., m.Nw.).

Die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen ist, beantwortet sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach der Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt, wobei nicht der Handelsregistereintrag, sondern die tatsächliche Tätigkeit entscheidend ist (BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13, m.Nw.). Zum selben Wirtschaftszweig seien Betriebe zu zählen, die zueinander insofern in

einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen der gleichen Art anbieten (BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 14, m.Nw.). Biete ein Betrieb eine auf dem einheimischen Markt konkurrenzlose Tätigkeit an, so unterstehe er in Bezug auf diese Tätigkeit keinem allgemeinverbindlich erklärten GAV, da ein unlauterer Wettbewerbsvorteil nicht erlangt werden kann. Führe aber das Unternehmen neben der konkurrenzlosen Spezialtätigkeit Arbeiten aus, die auch von andern Unternehmen angeboten werden, und beschäftige es insoweit auch nicht spezialisierte Arbeitnehmer, so sei eine Konkurrenzsituation zu bejahen. Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, unlautere Wettbewerbsvorteile zu verhindern, könne nur erreicht werden, wenn die Regeln des entsprechenden GAV grundsätzlich von sämtlichen Anbietern auf einem bestimmten Markt eingehalten werden müssen. *Sobald daher – so das Bundesgericht – ein Betrieb in nicht offensichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt, für den ein allgemeinverbindlich erklärter GAV gilt, kommen – unbezogen auf eine konkurrenzlose Spezialtätigkeit – die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung zur Anwendung.* Die fehlende Konkurrenz auf dem Gebiet der Spezialisierung habe allein zur Folge, dass die entsprechenden Tätigkeiten ausser Betracht bleiben (BGE 134 III 11 E. 2.2 S. 15).

Im vorliegenden Fall führte die Y AG nach den Feststellungen der Vorinstanz über ihre konkurrenzlose Spezialtätigkeit im Rohrleitungsbau hinaus auch Bauarbeiten aus, die von einheimischen Unternehmen ebenfalls angeboten werden und die unbestrittenermassen ihrer Art nach unter den LMV 2000 fallen würden. Dem angefochtenen Entscheid des Obergerichts liess sich indessen nicht entnehmen, welchen Umfang und welche Bedeutung diese Arbeiten im Vergleich zu andern Tätigkeiten im Betrieb der Y AG aufwiesen. Auf dieser Grundlage konnte nicht beurteilt werden, ob das Obergericht die Unterstellung des Betriebs der Klägerin unter den allgemeinverbindlich erklärten LMV 2000 zu Recht verneint hatte. Daher war die Angelegenheit an das Obergericht zurückzuweisen.

In örtlicher Hinsicht war der LMV 2000 für die Y AG als ausländische Unternehmung anwendbar, weil der Bundesrat seinerzeit bei der Allgemeinverbindlicherklärung ausdrücklich angeordnet hatte, dass gewisse Bestimmungen dieses GAV auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland sowie deren Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gelten (Art. 2 Abs. 5 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemein-

verbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe vom 10. November 1998 [BBl 1998, 5643 ff.]). Heute wäre zudem auch das *Entsendegesetz* (Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999; SR 823.20) zu beachten. Gemäss Art. 2 des Entsendegesetzes müssen ausländische Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die unter anderem in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen in gewissen Bereichen (wie die minimale Entlohnung, die Mindestdauer der Ferien etc.) vorgeschrieben sind. Seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. Juni 2004 sind somit sämtliche allgemeinverbindlich erklärten GAV für ausländische Unternehmen, die in der Schweiz tätig sind, massgebend. Umso bedeutsamer wird daher die Frage, *unter welchen sachlichen Voraussetzungen* ein Unternehmen mit Sitz im Ausland einem solchen GAV untersteht (THOMAS GEISER, AJP 2009, 139). Dem hier besprochenen Urteil kommt gerade unter diesem Gesichtspunkt eine grosse Tragweite zu.

Im zweiten Rechtsgang erachtete übrigens das Obergericht des Kantons Luzern die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Unterstellung der Klägerin unter den LMV 2000 *als nicht genügend substantiiert und bewiesen*. Das Bundesgericht wies mit Urteil vom 22. Januar 2009 eine Beschwerde der Paritätischen Berufskommission gegen diesen Entscheid ab (Urteil 4A\_324/2008). Bei der Lektüre dieses zweiten Bundesgerichtsurteils bekommt man einen ersten Eindruck, mit welchen (prozessualen) Schwierigkeiten Institutionen zu kämpfen haben, welche versuchen, gegenüber ausländischen Unternehmen einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag zur Anwendung zu bringen. *Die Zukunft wird weisen müssen, was dies für die Durchsetzung der flankierenden Massnahmen zu den bilateralen Verträgen zwischen der EU und der Schweiz gemäss Entsendegesetz bedeutet*. In der Literatur ist dem hier besprochenen (ersten) Bundesgerichtsurteil zum Teil Kritik erwachsen. So wurde geltend gemacht, wenn man das Urteil lese, könnte man meinen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen einzig zum Zweck habe, unlautere Konkurrenz zu verhindern. Ausgeblendet werde, dass die Allgemeinverbindlicherklärung auch und vor allem dem Schutz minimaler Lohn- und Arbeitsbedingungen diene, und

diese Gefahr bestehe auch bei konkurrenzloser Tätigkeit (THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/08, 41 f.). Nach der Lektüre des zweiten Bundesgerichtsurteils hat man ein gewisses Verständnis für diese Kritik.

# **VI. Lohnforderung gemäss Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (Art. 329d Abs. 1 und Art. 357 Abs. 2 OR, Art. 34 LMV)**

*BGE 134 III 399 (4A\_300/2007)*

Der Landesmantelvertrag (LMV) für das Schweizerische Bauhauptgewerbe bot dem Bundesgericht in der Berichtsperiode schliesslich eine weitere Gelegenheit für ein amtlich publiziertes Urteil. Dieses Verfahren ging für die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe – diesmal des Kantons Schwyz – günstiger aus.

Vor Bundesgericht umstritten war, ob ein Akkordunternehmen im Bauhauptgewerbe die Regeln des allgemeinverbindlich erklärten LMV über die *Berechnung des Ferienlohns* verletzt hatte. *Konkret war zu prüfen, ob der vom Arbeitgeber bezahlte übertarifliche Lohn die Differenz zwischen der von ihm berechneten und der im LMV vorgesehenen Ferienentschädigung ausgleichen konnte* (BGE 134 III 399 E. 3.2.4 S. 401). Die Unterstellung der Arbeitgeberin unter den LMV dagegen stand vor Bundesgericht nicht mehr zur Diskussion (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 402).

In seinen Erwägungen gesteht das Bundesgericht dem Arbeitgeber an sich zu, dass für ihn wirtschaftlich nur der Gesamtbetrag des während eines Jahres bezahlten laufenden Lohnes einerseits und des Ferienlohnes andererseits von Bedeutung ist. Das gelte weitgehend – aber eben nicht vollständig – ebenso für den Arbeitnehmer. Für diesen habe meist auch der Zeitpunkt der Fälligkeit eine wesentliche Bedeutung. Art. 329d OR wolle daher sicherstellen, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich beziehe, auch über das notwendige Geld verfüge, um diese sorgenfrei verbringen zu können. *Das Gesetz wolle, dass der Arbeitnehmer im richtigen Zeitpunkt wisse, welches Geld für diesen Zeitpunkt gespart sei* (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.1 S. 401). Auch bei Gesamtarbeitsverträgen sei es Zweck der Ferienregelung, dass der Arbeitnehmer einerseits während der vorgesehenen Zeit tatsächlich in die Ferien gehen könne und an-

dererseits in dieser Zeit tatsächlich das entsprechende Geld zur Verfügung habe (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 404).

Soweit es um den gesetzlichen Anspruch nach Art. 329d Abs. 1 OR gehe, stehe aufgrund dieser Überlegungen ausser Zweifel, dass als Ferienlohn nur gelten könne, was zusätzlich zum vereinbarten Lohn bezahlt werde. Andernfalls wäre die Bestimmung ohne jede Bedeutung. Das Gesetz kenne keine Mindestlöhne. Damit könnte bei jedem noch so geringen Lohn geltend gemacht werden, darin sei auch der Lohn für die Ferien enthalten. Mangels Mindestlohn bestehe gar keine Grösse, mit der ein Gruppenvergleich angestellt werden könnte. Die Parteien hätten es in der Hand gehabt, einen niedrigeren Lohn zu vereinbaren, sodass der Arbeitgeber jeweils geltend machen könnte, er hätte einen niedrigeren Lohn vereinbart, wenn er gewusst hätte, dass er noch zusätzlich etwas für die Ferien bezahlen müsse (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2 S. 402).

Gemäss Art 357 Abs. 2 OR sind Abreden in einem Einzelarbeitsvertrag nichtig, wenn sie gegen die unabdingbaren Bestimmungen eines GAV verstossen, und werden durch dessen Bestimmungen ersetzt. Zulässig sind indessen abweichende Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers. Haben die Parteien eine vom GAV abweichende Einzelabrede getroffen, so ist ein sogenannter *Günstigkeitsvergleich* vorzunehmen. Dabei ist von einem objektiven Massstab auszugehen. Dies hat zur Folge, dass einerseits nicht die einzelnen Bestimmungen isoliert miteinander verglichen werden können, andererseits aber auch nicht ein Gesamtvergleich zwischen dem Einzelarbeitsvertrag und dem GAV zulässig ist, sondern – so das Bundesgericht unter Berufung auf BGE 116 II 153 – ein so genannter *Gruppenvergleich* vorzunehmen ist. Bei einem Vergleich von Lohnsystemen könne dabei nicht in jedem Fall das gesamte mutmassliche Jahreseinkommen mit der Regelung des GAV verglichen werden. Vielmehr sei die Gegenüberstellung des Gesamtlohnes gemäss GAV sowie gemäss Einzelarbeitsvertrag auf einen bestimmten Zeitraum, konkret auf die *Zeitspanne eines Monats* zu begrenzen (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 403 unter Verweisung auf BGE 116 II 153 E. 2a bb S. 156 f.).

Diesen Rahmen des Gruppenvergleichs habe die Vorinstanz in casu gesprengt, indem sie geklärt habe, welcher Anspruch sich aufgrund des einzelarbeitsvertraglich vereinbarten Lohnes zusammen mit der im Einzelarbeitsvertrag vorgesehenen Ferienentschädigung von 7,7 Prozent in Franken ergebe und ob dieser Betrag mindestens

gleich hoch sei wie der Betrag, der sich aus dem im GAV festgesetzten Mindestlohn und der im GAV vorgesehenen Ferienentschädigung (10,6 bzw. 13 Prozent) in Franken errechne. Nach der vorliegenden einzelarbeitsvertraglichen Vereinbarung erhalte der Arbeitnehmer während der Ferien weniger ausbezahlt, als er (abzüglich des für die Ferien bestimmten Teils des Lohnes) erhalten würde, wenn er nicht in den Ferien wäre. Ob er dafür vorher mehr als den laufenden Lohn ausbezahlt erhalten habe, sei dabei ohne Bedeutung. Die Ferienregelung sowohl des GAV als auch des Gesetzes wolle sicherstellen, dass derjenige Arbeitnehmer, der seinen Lohn während des Jahres ausbebe, in den Ferien den gleichen Betrag ausgeben könne. Das sei aber bei der im vorliegenden Fall einzelvertraglich getroffenen Lösung nicht gewährleistet (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 403 f.).

Abschliessend betont das Bundesgericht sodann die *Transparenzfunktion der Ferienlohnregelung im Wirtschaftsleben*. Die Bezahlung übertariflicher Löhne sei auf einem hoch kompetitiven Arbeitsmarkt, wie er im Baugewerbe namentlich bei Akkordunternehmen bestehe, ein wesentliches Element, um gute Arbeitskräfte zu finden. Dabei werde regelmässig der Stunden-, Monats- oder Akkordlohnansatz angegeben. Die Arbeitnehmer könnten diese so mit den Angeboten anderer Unternehmen vergleichen. *Werde dann aber in Tat und Wahrheit gar nicht dieser Ansatz, sondern ein tieferer bezahlt, weil entgegen den entsprechenden Angaben im Vertrag darin auch ein Teil der Ferienentschädigung enthalten sei, fehle es an der Vergleichbarkeit. Die klare Trennung zwischen dem Lohn für die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer tatsächlich arbeite, und dem Ferienlohn bezwecke auch, diese Transparenz zu schützen* (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.3 S. 404 f.).

Die letztgenannte Erwägung macht den hier besprochenen Entscheid besonders interessant. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Berechnung des Ferienlohns und zum gesonderten Ausweis dieses Lohnes auf der Lohnabrechnung gemäss Art. 329d OR (vgl. etwa BGE 129 III 493 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 516 ff.) wirkt ja auf den ersten Blick recht formal, und das Gleiche liesse sich – wiederum prima vista – zum hier erwähnten (engen) Gruppenvergleich sagen, wenn eine einzelarbeitsvertragliche Regelung mit einem GAV verglichen werden muss. Denn *aus ökonomischer Sicht* kann letztlich nur massgebend sein, was der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer übers ganze Jahr gesehen an Lohn (unter Einschluss des Ferienlohns) zu entrichten hat. Ob der laufende Lohn

höher und der Ferienlohn dafür niedriger angesetzt wird oder umgekehrt, spielt aus dieser Warte keine Rolle. Indessen hat das Bundesgericht zutreffend der Transparenzfunktion der Ferienlohnregelung eine grosse Bedeutung beigemessen. Die Vergleichbarkeit von Lohnangeboten wird in der Tat wesentlich erhöht, wenn das Arbeitsrecht alle Arbeitgeber zwingt, den Ferienlohn nach denselben (Mindest-) Grundsätzen zu berechnen und auszuweisen. Fraglich ist demgegenüber, ob darüber hinaus auch Überlegungen wie «der Arbeitnehmer solle seinen Ferienlohn während der Ferien (und nicht früher) erhalten, damit er wisse, was ihm während dieser Zeit zur Verfügung stehe», noch zeitgemäss sind. Das wirkt doch reichlich *fürsorglich-paternal*. Allerdings wird man annehmen dürfen, dass namentlich Budgetberatungs- oder Schuldensanierungsstellen diese höchststrichterliche Sichtweise unterstützen würden.

Der vorliegende Fall zeigt (einmal mehr), wie schwierig ein Günstigkeitsvergleich sein kann, wenn geprüft werden muss, ob die Regeln eines Einzelarbeitsvertrages (zulässigerweise) zugunsten oder (unzulässigerweise) zulasten des Arbeitnehmers von einem GAV abweichen. In Lehre und Rechtsprechung ist die *Methode des Gruppenvergleichs* dem Grundsatz nach unbestritten, während der *Gesamtvergleich* sowie der *isolierte Vergleich einzelner Regelungen* klar abgelehnt werden (grundlegend dazu bereits BGE 116 II 153 E. 2a bb S. 156 f.; vgl. auch BK-STÖCKLI, Art. 357 OR N 39, ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 OR N 24, sowie STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 OR N 3, je m.Nw.). Beim Gruppenvergleich werden rechtlich und sachlich eng zusammenhängende Regelungen des GAV und des Einzelarbeitsvertrages gegeneinander abgewogen (BGE 116 II 153 E. 2a aa S. 155). Die Kruke der ganzen Geschichte besteht darin zu bestimmen, welche vertraglichen Regelungen derart zusammenhängen, dass sie zur «Vergleichsgruppe» gehören, beziehungsweise liegt die Kunst der Rechtsanwendung – wie es STÖCKLI bildhaft umschreibt – offensichtlich darin, diese «Felder» sachgerecht abzugrenzen (BK-STÖCKLI, Art. 357 OR N 39).

In BGE 116 II 153 hat das Bundesgericht bei der Beurteilung der Frage, ob ein in einem Einzelarbeitsvertrag vereinbarter höherer Umsatzlohn das Fehlen des im massgebenden GAV vereinbarten Fixlohnanteils mindestens auszugleichen vermöge, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz den im Einzelarbeitsvertrag vereinbarten *Lohn als Ganzes* – wenn auch begrenzt auf die Zeitspanne eines Monats – in den Gruppenvergleich einbezogen und eine isolierte Betrachtungs-

weise der einzelnen Lohnbestandteile (Umsatzlohn einerseits und Fixlohn andererseits) abgelehnt, weil dies zu einer nicht gewollten Erhöhung des Gesamtlohnes führen könnte. Ob an dieser Betrachtungsweise nach dem hier besprochenen Urteil noch festgehalten werden kann, ist fraglich (ähnlich WOLFGANG PORTMANN, ARVonline 2010 N 323, welcher BGE 134 III 399 in Widerspruch zu BGE 116 II 153 sieht). Denn in casu hat das Bundesgericht ja gerade einen Vergleich zwischen den GAV-Lohnansprüchen einerseits und dem einzelvertraglich vereinbarten Gesamtlohn andererseits abgelehnt. Die Zukunft wird weisen müssen, ob der im vorliegenden Fall abgelehnte Einbezug des Gesamtlohnes nur für die Frage der Ferienlohnansprüche gilt oder generell. Die *fürsorglich-paternalen Erwägungen* des Bundesgerichts im hier diskutierten Fall würden eher dafür sprechen, die Berechnung und die Auszahlungsmodalitäten des Ferienlohns als Sonderproblem zu betrachten. Das *Transparenzgebot* dagegen, dem das Bundesgericht neuerdings zu Recht einen grossen Stellenwert beimisst, würde eigentlich verlangen, dass in einem Fall, wie er BGE 116 II 153 zugrunde lag, nur die einzelnen Lohnbestandteile isoliert miteinander verglichen werden dürften. Ein fehlender oder zu niedrigerer Fixlohn könnte dann genauso wenig mit einem höheren Umsatzanteil kompensiert werden wie ein gesamtarbeitsvertraglich vorgesehener Mindestlohn inklusive Ferienlohnzuschlag von 10,6 bzw. 13 Prozent mit einem höheren laufenden Lohn inklusive Ferienlohnzuschlag von bloss 7,7 Prozent (so die Zahlen im vorliegenden Fall; a.M. noch BK-STÖCKLI, Art. 357 OR N 39, unter Verweisung auf ein St. Galler Urteil, wonach ein untertariflicher Ferienlohn durch einen höheren Monats- bzw. Stundenlohn kompensiert werden könne; kritisch zu diesem Beispiel STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 OR N 3). Dass es im Sinne des Gruppenvergleichs zulässig sei, *die Lohnsysteme des GAV und des Einzelarbeitsvertrages insgesamt miteinander zu vergleichen* (so ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357 OR N 25), lässt sich nach BGE 134 III 399 jedenfalls kaum mehr vertreten.

Ob mit BGE 134 III 399 der Gruppenvergleich faktisch zum *Einzelvergleich* mutiert (so PORTMANN, a.a.O.), soll hier offenbleiben. Arbeitgebern dürfte die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf jeden Fall Probleme verursachen. Schon bisher mussten sie (als Folge von BGE 116 II 153) eine *monatliche Schattenrechnung* führen, um ermitteln zu können, ob der Arbeitnehmer durch die einzelvertrag-

liche Abrede im Vergleich zum GAV nicht schlechter gestellt wird. BGE 134 III 399 macht es schwierig festzustellen, welche Posten im Lohnsystem einander in der Schattenrechnung gegenübergestellt werden müssen. Wer diese Schwierigkeiten als Arbeitgeber vermeiden will, muss auf vom GAV abweichende einzelvertragliche Abreden verzichten (BK-STÖCKLI, Art. 357 OR N 41; sinngemäss wohl auch PORTMANN, a.a.O.).

## VII. Gemeinsame Durchführung eines Gesamtarbeitsvertrages (Art. 357b OR)

*BGE 134 III 541 (4A\_283/2008) = Pra 2009 Nr. 20, S. 117 ff.*

Im vorliegenden Fall hatte das Bundesgericht die Frage der *Aktivlegitimation eines Vereins* zu klären, welcher gegen einen Arbeitgeber Ansprüche aus einem für allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (GAV) geltend machte, obwohl er selbst nicht Vertragspartei war. Konkret ging es um die Paritätische Berufskommission des Walliser Ausbaugewerbes, welche im Jahr 2002 als Verein i.S.v. Art. 60 ff. ZGB von zwei in der Westschweiz aktiven Gewerkschaften sowie von zwei Walliser Arbeitgeberverbänden gegründet wurde. Ihm wurde im Gesamtarbeitsvertrag dessen *gemeinsame Durchführung i.S.v. Art. 357b OR* übertragen. Die Vereinsstatuten nahmen explizit Bezug auf den Gesamtarbeitsvertrag des Ausbaugewerbes der Westschweiz, welcher seit November 2000 die Beschäftigungsbedingungen in verschiedenen Sektoren des Baugewerbes regelte und nunmehr durch eine Vertragsfassung abgelöst wurde, welche vom 16. Januar 2007 datiert, wobei die Gesamtarbeitsverträge vom Bundesrat jeweils für *allgemeinverbindlich erklärt* wurden (vgl. dazu für den GAV 2007 den Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages des Ausbaugewerbes der Westschweiz vom 28. Februar 2008, BBl 2008, 1925 ff.).

Die klagende paritätische Berufskommission des Kantons Wallis ging in casu gegen ein in Monthey ansässiges Gipser- und Malergeschäft vor. Dabei hiess das Arbeitsgerichts Wallis das Begehren gut, wonach die Unterstellung der Beklagten unter die allgemeinverbindlichen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages festzustellen war, während es die weiteren Anträge der Klägerin abwies. Das von der Beklagten vor dem Kantonsgericht Wallis erhobene Rechtsmittel

gegen das erstinstanzliche Urteil blieb ohne Erfolg, ebenso ihre Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht.

Die Beklagte machte primär geltend, *die kantonale Kommission sei nicht aktivlegitimiert*. Art. 357b OR *gewähre nur den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages ein Recht auf Prozessführung, wobei diese als notwendige Streitgenossen aufzutreten hätten, und die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages seien nicht befugt, dieses Recht an einen aussenstehenden Verein zu delegieren*. Das Bundesgericht erteilte dieser Auffassung eine Absage. Art. 357b OR habe seinen Ursprung in der Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung aus dem Jahre 1954 (BBl 1954, 125 ff.). Art. 6 und 7 des Entwurfes hätten ausdrücklich sogenannte «Gesamtarbeitsvertragsgemeinschaften» vorgesehen, welchen die gemeinsame Durchführung des GAV oblegen hätte und welche zu diesem Zweck auch gerichtlich hätten vorgehen können. Der Gesetzgeber habe dem indessen nicht zugestimmt, sondern eine Regelung getroffen, die im Wesentlichen dem seit 1972 geltenden Art. 357b OR entsprochen habe. Dass der bundesrätliche Vorschlag seinerzeit nicht zu geltendem Recht wurde, sei darauf zurückzuführen, dass er in den parlamentarischen Beratungen nicht verstanden worden sei und insbesondere Arbeitgeberkreise ihm misstraut hätten («[...] il s'est heurté, lors des débats parlementaires, à une incompréhension diffuse et, aussi, à la méfiance de la classe patronale [...]»). Nichtsdestotrotz seien aber Vereine wie die in Frage stehende kantonale paritätische Berufskommission zulässig. In der Praxis würden die GAV-Parteien oft Organe für die gemeinsame Durchführung von Gesamtarbeitsverträgen vorsehen. Obwohl diese Organe keine juristische Persönlichkeit hätten, würden ihnen verschiedene kantonale Gerichte das Recht zur Prozessführung i.S.v. Art. 357b OR zugestehen. Die Lehre würde dem mehrheitlich zustimmen, weil eine gemeinsame Klage sämtlicher GAV-Parteien nach den Regeln der notwendigen Streitgenossenschaft Schwierigkeiten bereiten würde und das Risiko bestehe, dass die gemeinsame Durchführung von Gesamtarbeitsverträgen paralysiert werde. Art. 357b OR würde damit seiner Wirksamkeit beraubt. Zum Teil würde in Gesamtarbeitsverträgen – wie im vorliegenden Fall – gar vorgesehen, dass das Organ zur gemeinsamen Durchführung als Verein organisiert sei. Den GAV-Parteien sei eine solche Organisation unbenommen (BGE 134 III 541 E. 4.2. und 4.3 S. 544 ff.).

Die Beklagte führte ausserdem ins Feld, dass nur vier GAV-Parteien dem klagenden Verein angehören und daher nicht für alle Parteien auf Erfüllung nach Art. 357b OR klagen können. Gegen dieses Argument spricht gemäss Bundesgericht die einschlägige GAV-Bestimmung selbst, in welcher die Vertragsparteien eine zweistufige, dezentrale Organisation vorgesehen haben, wonach zum einen eine westschweizerische paritätische Berufskommission und zum anderen kantonale paritätische Berufskommissionen zu gründen sind. Dadurch werde gleichwohl eine einheitliche und systematische Anwendung des Gesamtarbeitsvertrages gewährleistet.

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht zwei wichtige Fragen des kollektiven Arbeitsrechts geklärt (CHRISTOPH HÄBERLI, ARVonline 2010 N 300). Zum einen steht nun fest, dass sich GAV-Kontrollorgane in der Form eines Vereins organisieren können. Zum andern ergibt sich aus dem besprochenen Entscheid, dass paritätische Berufskommissionen jedenfalls dann, wenn sie als Verein konstituiert sind, selber aktivlegitimiert sind und nicht bloss als Vertreter der GAV-Parteien handeln. In BGE 118 II 528 E. 4 S. 534 hatte das Bundesgericht diese Frage offen gelassen, während sie in den beiden vorstehend besprochenen (vor BGE 134 III 541 gefällten) BGE 134 III 11 und BGE 134 III 399 nicht thematisiert wurde, obwohl die in diese Verfahren involvierten paritätischen Berufskommissionen ebenfalls je als Verein konstituiert sind (vgl. für die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe des Kantons Luzern BGE 134 III 11, 12 [Sachverhalt] und für diejenige des Kantons Schwyz VGE 1016/00 vom 26. Mai 2000, E. 3b, EGVSZ 2000 I/6). Untere Instanzen haben die Frage unterschiedlich beurteilt und in der Lehre war sie umstritten (befürwortend ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 13; ebenso wohl BK-STÖCKLI, Art. 357b N 14; a.M. STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 5; CR CO I-AUBERT, Art. 357b N 9; ebenso seinerzeit noch ZK-SCHÖNENBERGER/VISCHER, Art. 357b N 15; indifferent CHK-F. EMMEL, Art. 357b N 1). Es dürfte sich hier um den Fall einer (gesetzlich abgestützten) *gewillkürten Prozessstandschaft* handeln (in diesem Sinne auch ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 18 und Art. 357b N 13), die in der Schweiz ansonsten abgelehnt wird (OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage Bern 2006, 5. Kapitel § 25 N 41).

Das Bundesgericht ist mit seinem Entscheid einer – wie es selber sagt – «liberalen Konzeption» gefolgt (BGE 134 III 541 E 4.3 S. 546), wie sie vor allem etwa von ZK-VISCHER/ALBRECHT vertreten wird (Art. 357b N 13). Daher wird man davon ausgehen dürfen, dass es den GAV-Parteien generell unbenommen ist, für die gemeinsame Durchführung i.S.v. Art. 357b OR eine rechts-, partei- und prozessfähige Vertragsgemeinschaft vorzusehen (so ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357b N 13), d.h. dass ihnen dafür nicht nur die verbreitete Form des Vereins (STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 5; so ebenfalls schon im BGE 118 II 528 zugrunde liegenden Fall) zur Verfügung steht, sondern auch andere juristische Personen wie etwa zu diesem Zweck errichtete Stiftungen, die offenbar in der Praxis ebenfalls bereits existieren (HÄBERLI, a.a.O.). Die prozessuale Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen wird auf diese Weise wesentlich vereinfacht (HÄBERLI, a.a.O.).

Offen bleibt weiterhin die Frage, welche prozessuale Stellung paritätischen Berufskommissionen zukommt, die von den GAV-Parteien mit dessen gemeinsamer Durchführung betraut werden, aber nicht in der Form einer juristischen Person organisiert sind. Handelt es sich bei der paritätischen Kommission nur um ein gemeinsames Organ ohne eigene Rechtspersönlichkeit, so liegt wohl kein Fall der Prozessstandschaft vor, da ein Prozessstandschafter in der Regel eine eigene (juristische oder natürliche) Person ist, welche in eigenem Namen als Partei einen fremden Anspruch geltend macht, wie beispielsweise im Fall von Art. 260 SchKG (a.M. ZK-VISCHER/ALBRECHT Art. 357a N 18 in fine). Daher könnte streng genommen mangels Parteifähigkeit eine nicht als juristische Person organisierte paritätische Berufskommission prozessual nur durch die – als Geschäftsführer der eine einfache Gesellschaft bildenden GAV-Parteien (Art. 357b Abs. 3 OR) bzw. als deren Stellvertreter i.S.v. OR 32 ff. – handelnden natürlichen Personen auftreten (STREIFF/VON KAENEL, Art. 357b N 5 in fine; BK-STÖCKLI, Art. 357b N 14; BSK OR I-PORTMANN, Art. 357a N 3; VISCHER, 352 f.). Wie es sich damit verhält, wird die Zukunft weisen, sofern solche Fälle überhaupt noch vorkommen sollten.